

WYROK
z dnia 14 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2011 r. przez wykonawcę **BRE BANK Spółkę Akcyjną w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Bochnia w Bochni**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Miastu Bochnia w Bochni** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna i dokonanie ponownej oceny ofert
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Bochnia w Bochni** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **BRE BANK Spółkę Akcyjną w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od **Gminy Miasta Bochnia w Bochni** na rzecz **BRE BANK Spółki Akcyjnej w Warszawie** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Tarnowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Bochnia – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na udzielenie długoterminowego kredytu z przeznaczeniem na sfinansowanie planowanego deficytu budżetu oraz na spłatę zaciągniętych pożyczek i kredytów w latach poprzednich.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 2 września 2011 roku wykonawca BRE BANK SA w Warszawie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Bank Polska Kasa Opieki SA (dalej: Bank PeKaO SA) zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy Pzp, powodujące nierówne traktowanie wykonawców i utrudnienie uczciwej konkurencji w przetargu, wyrażające się w uznaniu wszystkich ofert za skutecznie złożone, mimo, że treść jednej z nich nie odpowiadała siwz;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty Banku PeKaO SA, której treść nie odpowiadała specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

oraz przyznanie odwołującemu się kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że pismem z dnia 24 sierpnia 2011 r., zamawiający zawiadomił odwołującego się o wyborze najkorzystniejszej oferty w wyniku przeprowadzonego przetargu, wskazując, na ofertę Banku PeKaO SA, który zaoferował cenę w wysokości 1.266.214,03. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, opracowaną na potrzeby przeprowadzenia Przetargu („siwz”), podstawę oceny (ofert) stanowić miała łączna wysokość kosztów kredytu (oprocentowanie według stawki WIBOR 1 M - miesiąca lipca br. powiększone o marżę banku plus ewentualnie prowizja za uruchomienie kredytu), ustalona wg warunków realizacji przedmiotu zamówienia. Z opisu przedmiotu zamówienia, określonego w pkt I siwz, wynikało natomiast m.in., że:

- 1) kwota kredytu wynosi 5.000.000 zł,
- 2) wykorzystanie kredytu nastąpi w transzach w drodze realizacji przez wykonawcę wniosków zamawiającego w 2011 r., przy czym wykorzystanie całej kwoty kredytu nastąpi do dnia 20 grudnia 2011 r.,

3) karencja w spłacie kapitału wynosi 8 miesięcy, licząc od daty uruchomienia pierwszej transzy kredytu, przy czym termin pierwszej spłaty raty kapitału przypada na 30 kwietnia 2012 r.

4) okres wykonania umowy określony został na 98 miesięcy, z czego w roku 2011 obejmował 4 m-ce (wrzesień - grudzień), w latach 2012 - 2018 obejmował 84 m-ce, natomiast w roku 2019 obejmował 10 m-cy.

Termin wykonania zamówienia dodatkowo określony został przez zamawiającego (w sposób jednoznaczny) w pkt III podpkt 1 siwz, gdzie wskazano, że okres ten wynosi 98 miesięcy od daty podpisania umowy.

Tym samym, Zamawiający faktycznie określił:

1) termin uruchomienia pierwszej transzy - rozpoczynający zarazem bieg okresu ośmiomiesięcznej karencji w spłacie kredytu - wskazując, że będzie to termin przypadający na osiem miesięcy przed dniem 30 kwietnia 2012 r. (czyli przed dniem pierwszej spłaty raty kapitału),

2) termin spłaty pierwszej raty odsetkowej określony został na dzień 30 września 2011 r. Jednocześnie, zgodnie z pkt V siwz, zamawiający wymagał od wykonawców, biorących udział w przetargu, aby oferty przez nich składane, zawierały m.in. symulację spłaty kredytu wraz z odsetkami zgodnie z założeniami zawartymi w pkt I i III siwz.

Tymczasem Bank PeKaO SA przedstawił ofertę, przy założeniu, że uruchomienie kredytu nastąpi dopiero w dniu 20 grudnia 2011 r., a termin spłaty pierwszej raty odsetkowej nastąpi 10 stycznia 2012 r. Dodatkowo, z dokumentu w postaci „Symulacja spłat rat kredytu i odsetek opracowana zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, dołączonego przez Konkurenta do złożonej przez niego oferty, wynikało, że Bank PeKaO SA nie uwzględnił ośmiomiesięcznego okresu karencji w spłacie kapitału. Ostatecznie Bank PeKaO SA, przedstawił ofertę, określając marżę w wysokości 0,72% + pp 0,36 %, a tym samym marżę in all w wysokości 0,79 % kwoty kredytu (1.248.214,03 zł.) oraz wysokość jednorazowej prowizji bankowej w wymiarze 0,36% kwoty kredytu (18.000 zł.), wskazując, że łączna wysokość kosztów kredytu wynosi 1.266.214,03 zł. (cena ofertowa). Tym samym, nie ulega wątpliwości, że oferta złożona przez Bank PeKaO SA nie odpowiadała siwz i jako taka kwalifikowała się wyłącznie do odrzucenia, albowiem, w tym konkretnym przypadku, zamawiający nie miał podstaw do jej konwalidacji w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zamawiający wskazał między innymi następujące cechy przedmiotu zamówienia:

- kwota kredytu 5.000.000 PLN
- wykorzystanie kredytu nastąpi w transzach w drodze realizacji przez wykonawcę wniosków zamawiającego w 2011 roku; zastrzega się możliwość wykorzystania kredytu w transzach w zależności od potrzeb, a także w kwocie mniejszej niż kwota wymieniona w SIWZ. Uruchomienie kredytu następować będzie w terminach i kwotach określonych każdorazowo przez zamawiającego we wniosku złożonym z trzydniowym wyprzedzeniem,
- wykorzystanie całej kwoty kredytu, tj. 5.000.000 PLN nastąpi do dnia 20 grudnia 2011 roku,
- karencja w spłacie kapitału 8 miesięcy licząc od daty uruchomienia pierwszej transzy kredytu, tj. pierwsza spłata raty kapitału w wysokości 100.000 PLN – 30.04.2012 – ostatnia rata płatna 31 października 2019 roku.

W dniu 14 lipca 2011 roku zamawiający na pytanie jednego z wykonawców o treści: „Czy zamawiający potwierdza, że w przypadku przedłużających się procedur przetargowych (niezależnie od zamawiającego i wykonawcy) zostaną zachowane terminy spłat rat kapitału wykazane w SIWZ rozdz. I pkt 13, a zmianie ulegną odpowiednio okres karencji (SIWZ I.8) i liczba miesięcy wykonania zamówienia (SIWZ II.1)” udzielił następującej odpowiedzi:

„Tak, w przypadku przedłużających się procedur przetargowych zostaną zachowane terminy spłat rat kapitału wykazane w SIWZ rozdz. I pkt 13, a zmianie ulegną odpowiednio okres karencji (SIWZ I.8) i liczba miesięcy wykonania zamówienia (SIWZ II.1)”.

Z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego wynika, że okres karencji i liczba miesięcy wykonania zamówienia nie uległy zmianie.

Pismem z dnia 20 lipca 2011 roku zamawiający na wniosek jednego z wykonawców o treści: „Dla celów wyliczenia ceny kredytu prosimy o podanie harmonogramu uruchamiania kolejnych transz kredytu” udzielił odpowiedzi, że „Należy przyjąć, że kredyt zostanie udzielony w jednej transzy, w ciągu 14 dni od podpisania umowy”.

Wraz z ofertą wykonawca Bank Polska Kasa Opieki SA złożył dokument „Symulacja spłat rat kredytu i odsetek opracowana zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, z którego wynika, iż zadłużenie w wysokości 5.000.000 PLN powstanie w dniu 21 grudnia 2012 roku. Termin płatności pierwszej raty odsetkowej

wyznaczono na dzień 10 stycznia 2012 roku, zaś termin płatności pierwszej raty kapitałowej – na dzień 30 kwietnia 2011 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej stosownie do art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Analizując wskazane wyżej zapisy specyfikacji Izba stwierdziła, że zamawiający opisując przedmiot zamówienia ustalił 8 miesięczny okres karencji w spłacie kapitału licząc od daty uruchomienia pierwszej transzy kredytu. Pierwsza spłata raty kapitału ustalona została przez zamawiającego na dzień 30 kwietnia 2012 roku. Oznacza to, że termin uruchomienia pierwszej transzy powinien przypadać na osiem miesięcy przed dniem 30 kwietnia 2012 roku, czyli na 30 sierpnia 2011 roku.

W trakcie prowadzonego postępowania zamawiający zmienił treść SIWZ w tym zakresie, że kwota kredytu – zamiast w transzach – miała zostać udzielona w jednej transzy w ciągu 14 dni od podpisania umowy. Jednakże zamawiający nie zmienił innych zapisów SIWZ, w tym wymogu zachowania 8-miesięcznego okresu karencji w spłacie kredytu oraz terminu spłaty pierwszej raty kapitału ustalonego na dzień 30 kwietnia 2011 roku. Zapisy te nadal obowiązywały wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu i winni oni byli uwzględnić je w składanych ofertach.

Wykonawca Bank PeKaO SA przewidując udzielenie kredytu w dniu 20 grudnia 2011 roku nie dotrzymał warunku zachowania 8 miesięcznego okresu karencji. Przy założeniu, że pierwsza rata kapitału ma zostać zapłacona w dniu 30 kwietnia 2012 roku okres karencji w spłacie kapitału w przypadku tego wykonawcy wyniesie 4 m-ce i 10 dni, a zatem w tym zakresie oferta jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 82 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem – wedle jednolitego stanowiska doktryny – oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 maja 2011 roku (KIO 847/11) wyraźnie stwierdziła, że aby uznać, że treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ, to zgodność z treścią SIWZ musi występować w pełnym zakresie złożonej oferty.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z kolei przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek poprawienia w ofercie omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W rozpoznawanym przypadku oświadczenie wykonawcy w kwestii terminu udzielenia kredytu należy do *essentialia negotii* oferty i przyszłego zobowiązania, a zatem brak jest możliwości poprawienia oferty wykonawcy Bank PeKaO SA na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Bank PeKaO SA i dokonanie ponownej oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika odwołującego się o zasądzenie na jego rzecz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania do uzasadnionych kosztów strony zalicza się wynagrodzenie pełnomocników w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, nie wyższej niż 3 600 zł. Pełnomocnik odwołującego się nie przedłożył rachunku, z którego wynikałaby wysokość jego wynagrodzenia w przedmiotowej sprawie. Złożona faktura obejmowała wynagrodzenie z tytułu ogólnie pojętej obsługi prawnej świadczonej na rzecz odwołującego się.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....